

La prueba que vulnera derechos fundamentales

Antonio María Lorca Navarrete

Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal

Catedrático de Derecho Procesal

Resumen

Posiblemente pocas instituciones procesales han tenido un tránsito tan vital como el que es posible apreciar en la ilicitud de la prueba. Reconocida por primera vez en 1984 y tras transitar por la [ley orgánica del Poder Judicial](#) y la [ley de enjuiciamiento civil](#), en 2019 ingresa en el juicio ponderativo del tribunal in casu tras dejar atrás su amparo en el Tribunal Constitucional.

Diario LA LEY nº. 10241, de seis de marzo de 2023

I. La constitucionalización del derecho a la prueba

La prueba es sin duda la clave de bóveda del proceso. Su importancia como uno de sus elementos estructurales ha justificado que el derecho a la prueba sea reconocido constitucionalmente. En general ese reconocimiento responde a muy diversas fórmulas constitucionales sin que necesariamente coincidan.

En España el reconocimiento de un derecho a la prueba es constitucional y se integra en el proceso de efectiva tutela judicial que regula el [artículo 24 de la Constitución](#) cuando dispone que «todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa» ([artículo 24.2. de la Constitución](#)).

El texto constitucional español al proceder a la constitucionalización del derecho a la prueba justifica que el reconocimiento de la existencia de un derecho a la prueba sea una formulación de contenido y origen constitucional que se integra en el proceso de efectiva tutela judicial que diseña el [artículo 24 de la Constitución](#) acogiendo el que quizás sea el más importante de sus elementos estructurales con el que la Constitución procede a diseñarlo **(1)**.

Como elemento estructural del diseño de proceso que realiza la Constitución, el reconocimiento del derecho a la prueba es aplicable a cualquiera de los ámbitos jurisdiccionales existentes en nuestro ordenamiento jurídico a lo que se une su proyección inclusiva porque incluye o tiene la virtud y capacidad para incluir a todos ([artículo 24.2. de la Constitución](#)) sin que de entre esos todos a que alude el artículo 24.2. del texto constitucional, se mencione *expressis verbis* al tribunal por lo que hay que descartar que la Constitución ampare la prueba de oficio que por su propia iniciativa aporte como parte —parcialmente— como tribunal al proceso **(2)**. No obstante, y aun cuando el [artículo 24.2. de la Constitución](#) no atribuye *expressis verbis* al tribunal la aportación al mismo de pruebas no desaprueba que el tribunal pueda aportarlas, pero considerando esa aportación de parte del tribunal y por su propia iniciativa como exceptuada respecto de la aportación probatoria de la parte y para «cuando la ley [es la [ley de enjuiciamiento civil](#)] lo disponga en casos especiales» ([artículo 216 de la ley de enjuiciamiento civil](#)).

Conviene tener presente que el derecho a la prueba si bien es de contenido y origen constitucional integrado en el proceso de efectiva tutela judicial que regula el [artículo 24 de la Constitución](#), su regulación normativa se atribuye al legislador ordinario **(3)**, no al Tribunal Constitucional, con el fin de que los hechos alegados y aportados por las partes ([artículo 216 de la ley de enjuiciamiento civil](#)) se integren de modo pleno en la resolución final que el tribunal pronuncie.

Por tanto, al reconocimiento del derecho a la prueba por la Constitución contribuye de manera activa el legislador al establecer las normas reguladoras del derecho a la prueba en cada concreto orden jurisdiccional **(4)** pero que, no obstante, ese reconocimiento constitucional impide que su configuración legal mediante las normas procesales que lo regulan pueda ser aplicadas por el tribunal restrictivamente.

En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la prueba por la Constitución es un imperativo de orden público constitucional que obliga al tribunal a poner término al proceso según lo alegado y probado por las partes en el proceso (*secundum allegata et probata partium*) porque de lo contrario se origina un desorden público procesal que afecta al orden público constitucional.

II. La constitucionalización del medio de prueba

El reconocimiento por la Constitución de la existencia de un derecho a la prueba permite constitucionalizar el medio de prueba al que según la norma constitucional todos tienen derecho ([artículo 24.2. de la Constitución](#)).

Con el reconocimiento por la Constitución de la existencia del medio de prueba es la propia Constitución la que procede a diseñar uno de los más importantes elementos estructurales del reconocimiento constitucional del derecho a la prueba porque cuando el [artículo 24.2. de la Constitución](#) dispone que «todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa» procede a la constitucionalización del medio de prueba. En consecuencia, el objeto específico de la constitucionalización del derecho a la prueba por el [artículo 24.2. de la Constitución](#) es el medio de prueba.

Ese reconocimiento constitucional del derecho a utilizar los medios de prueba es inclusivo y se vincula con el derecho de todos a utilizar los medios de prueba ([artículo 24.2. de la Constitución](#)) con el fin de que los hechos alegados por las partes se integren de modo pleno mediante la garantía procesal de aportación del medio probatorio (principio de aportación de parte) en la resolución final con la que el tribunal pone término al proceso.

Pero, si bien el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba es de contenido y origen constitucional integrado en el proceso de efectiva tutela judicial que regula el [artículo 24 de la Constitución](#), su regulación normativa se atribuye al legislador ordinario, no al Tribunal Constitucional, con el fin de que los hechos alegados y aportados por las partes ([artículo 216 de la ley de enjuiciamiento civil](#)) se integren de modo pleno en la resolución final que el tribunal pronuncie.

Por tanto y mediante el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba se procede al correcto entendimiento del principio de aportación de parte del medio de prueba al configurarlo como una garantía procesal que la norma constitucional reconoce y atribuye a la parte y que el legislador ordinario asume cuando dice que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de pruebas de las partes ([artículo 216 de la ley de enjuiciamiento civil](#)) constituyéndose esa aportación en garantía de la imparcialidad del tribunal y en el punto de partida de la valoración por el tribunal del objeto de prueba que es valorado con arreglo a las reglas de la lógica y la razón que anidan en su sana crítica impidiendo que la denominada argumentación jurídica pueda conducirle a la trampa o ilusión de forzar una valoración que no se corresponde con la realidad de la prueba practicada mediante el uso de estándares probatorios contrarios a una libre valoración de la prueba en abierta oposición a una valoración tasada o estandarizada.

De igual modo conviene tener presente que con el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba no se persigue la averiguación de verdad alguna sino la certidumbre del tribunal sobre lo que constituye el objeto del medio de prueba con el que es posible justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho. Pero, no su verdad. El medio de prueba supone «la apertura legal a la realidad de cuánto puede ser conducente para fundar un juicio de certeza sobre las alegaciones fácticas, apertura incompatible con la idea de un número determinado y cerrado de medios de prueba» (argumento *ex* apartado XI de la exposición de motivos de la [ley de enjuiciamiento civil](#)) que la norma constitucional permite al abarcar, el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar los medios de prueba, «cualquier medio» de prueba con el que «pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes» aun cuando no se encuentre expresamente previsto por el legislador (argumento *ex* [artículo 299.3. de la ley de enjuiciamiento civil](#)).

Esa apertura constitucional hacia el medio de prueba se justifica en todo lo que «puede ser conducente para fundar un juicio de certeza sobre las alegaciones fácticas» (argumento *ex* apartado XI de la exposición de motivos de la [ley de enjuiciamiento civil](#)) con el que «pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes» ([artículo 299.3. de la ley de enjuiciamiento civil](#)) lo que supone optar por la obtención de la certeza que puede proporcionar el medio de prueba entendida como conocimiento seguro y claro de los hechos relevantes para el proceso antes que por el logro de la verdad entendida como juicio o proposición que no es posible negar racionalmente. Frente a la verdad y su indudable proyección vinculada con lo terminante, decisivo y categórico, la [ley de enjuiciamiento civil](#) responde con la certeza que pueda obtenerse de los hechos relevantes para el proceso (5).

En definitiva, el reconocimiento de «cualquier medio» de prueba con el que «pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes» supone que «el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba» (argumento *ex* [artículo 299.3. de la ley de enjuiciamiento civil](#)) al constituir un imperativo de orden público constitucional que impide que el tribunal cuando pone término al proceso vulnere al exterior del proceso el orden público constitucional originando al interior del proceso un desorden público procesal.

III. La constitucionalización de la prueba pertinente

En la Constitución el derecho a utilizar los medios de prueba se vincula con su pertinencia ([artículo 24.2. de la Constitución](#)) entendida como la exigencia que permite que, con la aportación probatoria, la parte pueda alojar en el medio de prueba el hecho necesitado de prueba permitiendo su anidamiento pertinente en la lógica y la razón del tribunal que ha de resolver.

En efecto, el [artículo 24.2. de la Constitución](#) al disponer que «todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa» procede a la constitucionalización de la pertinencia del medio de prueba diseñando la prueba pertinente como la que posee capacidad para que el tribunal resuelva según las reglas de la lógica y la razón al integrarse en el reconocimiento de la garantía constitucional a una tutela judicial efectiva ([artículo 24 de la Constitución](#)).

Ese reconocimiento del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente se proyecta según la Constitución sobre la pertinencia del medio probatorio permitiendo que el hecho a probar que constituye su objeto, se contagie de la pertinencia del medio de prueba que lo aloja impidiendo que el legislador haga un uso de su pertinencia extremadamente difícil o que suponga privilegios o discriminación en beneficio o perjuicio de las partes en el proceso así como que puedan admitirse pruebas que no tengan relación con lo que sea objeto del proceso porque no son pertinentes.

Por tanto, el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente se vincula con el hecho que justifica su pertinencia probatoria siempre que, al interior del proceso, se encuentre integrado en el contradictorio planteado por las partes y que el hecho a probar se adecue a la finalidad que persigue el medio de prueba de modo que una vez que existe el vínculo entre medio probatorio y el hecho que justifica su pertinencia probatoria, surge la pertinencia de ese medio de prueba para que pruebe el hecho que aloja.

Pero, el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no tiene carácter absoluto. No faculta al tribunal para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que supone únicamente el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, correspondiendo al tribunal el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas propuesta por las partes ([6](#)) y que obliga a que el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes esté relacionado con las reglas de exclusión del medio de prueba impertinente en el que anidaría el hecho que violenta o infringe derechos constitucionales.

De igual modo, el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente es una cuestión de estricta legalidad ordinaria que se atribuye al tribunal como garante constitucional de la pertinente utilización del derecho a la prueba al condicionar el derecho constitucional a la utilización de los medios de prueba a que sean pertinentes porque se justifica con lo que es el objeto o *thema decidendi* del proceso permitiendo conformar la convicción del tribunal que se proyecta en su sentencia aunque el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente por la Constitución no es ilimitado ni exige a los tribunales la admisión de todos los medios de prueba que las partes puedan aportar al proceso como pertinentes.

[El reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente debe ser examinado desde el observatorio de la lógica y la razón a la luz de los hechos alegados por las partes que constituyen la fuente de la prueba y de la que emanan los hechos a probar](#)

En fin, que el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente debe ser examinado desde el observatorio de la lógica y la razón (argumento *ex* [artículo 218.2. de la ley de enjuiciamiento civil](#)) a la luz de los hechos alegados por las partes que constituyen la fuente de la prueba y de la que emanan los hechos a probar que al ser una cuestión de estricta legalidad ordinaria se incorpora al amparo constitucional cuando el tribunal ha resuelto sobre su pertinencia de modo irrazonable y arbitrario constituyendo su reconocimiento constitucional un imperativo de orden público constitucional que impide que el tribunal cuando pone término al proceso sea impertinente en el momento de admitir la prueba vulnerando al exterior del proceso el orden público constitucional y originando al interior del proceso un desorden público procesal.

IV. La constitucionalización de la prueba pertinente permite el derecho de defensa

En la Constitución el derecho a utilizar el medio de prueba se vincula con su pertinencia ([artículo 24.2. de la Constitución](#)) entendida como exigencia que permite que con su aportación probatoria la parte pueda defenderse en el proceso.

En efecto, el [artículo 24.2. de la Constitución](#) al disponer que «todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa» procede a la constitucionalización del derecho a la prueba

pertinente como inherente al ejercicio del derecho de defensa por lo que el vínculo *pertinencia de la prueba/ejercicio del derecho de defensa* cierra el círculo de la constitucionalización del derecho a la prueba conceptualizada como el reconocimiento de una habilitación general según la cual no se puede obstaculizar el uso del medio de prueba siempre que sea pertinente y permita la defensa de la parte en el proceso.

En consecuencia, la negación a la parte por el tribunal a utilizar el medio de prueba pertinente para su defensa ([artículo 24.2. de la Constitución](#)) integrado en el concreto reconocimiento de la garantía constitucional a una tutela judicial efectiva, sería inconstitucional ya que la pertinencia del derecho a utilizar los medios de prueba reconocida por la Constitución se justifica en que nunca puede originar una disminución o merma del derecho de defensa de la parte en el proceso al constituirse en garantía de su derecho de defensa. Por tanto y desde la perspectiva de la Constitución la actividad probatoria mediante la utilización del medio de prueba para la defensa de la parte le permite influir en el convencimiento del tribunal cuando el medio de prueba sea pertinente para su defensa ([artículo 24.2. de la Constitución](#)).

No obstante, el reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente para el ejercicio de su derecho de defensa posee una indudable proyección de legalidad ordinaria al permitir que las partes pueden hacer valer sus derechos en el proceso mediante la utilización del medio de prueba sin que se produzca indefensión amparándose su derecho de defensa en los casos en que el tribunal resuelve sobre la admisión y práctica de un medio probatorio que no puede ser desconocida ni obstaculizada por el tribunal prefiriéndose el exceso en su admisión y práctica a la restricción.

El reconocimiento constitucional del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente es, por tanto, una garantía procesal primaria que permite el ingreso del hecho necesitado de prueba en la motivación de la sentencia siempre que, según el medio de prueba utilizado, esa resolución se acomode a las reglas de la lógica y la razón (7) y su práctica ante el tribunal sea valorada mediante su sana crítica ya que el tribunal ha de motivar con la lógica y la razón la denegación de las pruebas propuestas para no vulnerar el derecho de defensa de la parte cuando se inadmiten pruebas relevantes sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad arbitraria o manifiestamente irrazonable (8) aunque no toda irregularidad u omisión procesal de un medio de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante (9). Pero, sí causa por sí misma indefensión en los supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa de modo que de haberse practicado la prueba considerada pertinente en términos de defensa hubiera obligado al tribunal a resolver de modo diverso (10) y que obliga a que el tribunal debe justificar la indefensión que ha sufrido la parte a consecuencia de su declaración de impertinencia (11).

Por tanto, la acreditación de la pertinencia de la prueba denegada se proyecta en el derecho de defensa en un doble plano. Por un lado, el tribunal ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas y, de otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba habría menoscabado el efectivo derecho de defensa al no reconocerle a la parte su efectivo derecho constitucional a la prueba (12).

En definitiva, el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar los medios de prueba únicamente cubre los supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa de modo que no existe indefensión cuando de no haberse practicado la prueba omitida la resolución que pone término al proceso ha sido la correcta (13) al constituirse el reconocimiento por la Constitución del derecho a utilizar el medio de prueba pertinente para la defensa de la parte en un imperativo de orden público constitucional que impide que el tribunal cuando pone término al proceso vulnere al exterior del proceso el orden público constitucional originando al interior del proceso un desorden público procesal.

V. El medio de prueba que vulnera derechos constitucionales

El derecho constitucional a la prueba tal y como se encuentra diseñado en la Constitución puede vulnerar derechos fundamentales (14) originando la ilicitud de la prueba obtenida a consecuencia de esa vulneración.

La vulneración de derechos fundamentales por la prueba posee un diseño constitucional extremadamente diverso según el texto constitucional que la acoja. En las Constituciones del área anglosajona sustentadas en el concepto del *debido proceso* (15) lo habitual es que no exista un reconocimiento constitucional expreso de la prueba obtenida vulnerando derechos constitucionales (16) como tampoco existe, como tal reconocimiento, en nuestro texto constitucional.

El diseño constitucional del medio de prueba que vulnera derechos constitucionales y, en consecuencia, su exclusión probatoria por prueba ilícita surge en España con la [sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 de 29 de noviembre](#) (17) que obligó a que el legislador la incorporara en la [ley orgánica del Poder Judicial](#) un año después (1985) mediante su artículo 11.1. que establece que «no surtirán

efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Hasta el momento en que el Tribunal Constitucional acogiera la regla de la exclusión del medio de prueba que vulnera derechos constitucionales (o prueba ilícita), la regla general era la admisión de las pruebas salvo que fueran declaradas impertinentes o inútiles de modo que cuando una prueba era obtenida de forma ilícita se solventaba el problema de su ilicitud mediante su declaración de impertinencia.

Cuando el Tribunal Constitucional advirtió en 1984 que no surtirían efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, establecía la denominada regla de la exclusión del medio de prueba (18) cuando era obtenidas directa o indirectamente con violencia de esos derechos o libertades fundamentales ya que «aun careciendo de regla legal expresa (se ha de insistir en que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional es de 1984, un año antes de publicarse la [ley orgánica del Poder Judicial](#)) que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de "inviolables" (artículo 10.1 de la Constitución) y de la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental» (19) ya que «constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las "garantías" propias del proceso (artículo 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (artículo 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en provecho de quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro» (20).

Un año después (1985) la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida fue plasmada en el artículo 11.1. de la [ley orgánica del Poder Judicial](#) que deseó certificar que no podían surtir efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales vinculando el concepto de prueba ilícita a la vulneración de derechos fundamentales o constitucionales.

La [ley orgánica del Poder Judicial](#) obliga desde 1985 a que los tribunales procedan a excluir las pruebas obtenidas que, directa o indirectamente, violentan los derechos o libertades fundamentales. Esa regla de la exclusión probatoria supone, por tanto, que el medio de prueba que vulnera derechos constitucionales hay que descartarlo y rechazarlo para que no sea operativo al interior del proceso por lo que la ilicitud de la prueba por haber vulnerado derechos fundamentales constituye un límite al reconocimiento constitucional del derecho a la prueba que supone que el derecho fundamental vulnerado por la prueba ilícitamente obtenida debe ser de rango igual o superior al reconocimiento constitucional del derecho a la prueba (21).

La regla de la exclusión del medio de prueba cuando ha sido obtenido violentando que, directa o indirectamente, derechos o libertades fundamentales fue adoptada en el año 2000 por la [ley de enjuiciamiento civil](#). En concreto, tras indicar el artículo 281.1. de la [ley de enjuiciamiento civil](#) que los hechos que guarden relación con la tutela judicial efectiva que se pretenda obtener en el proceso civil constituyen el objeto de la prueba, la [ley de enjuiciamiento civil](#) alude a que esa fuente de la prueba no puede sustentarse en una actividad probatoria en la que alguna de las partes entienda que en su obtención u origen se han vulnerado derechos fundamentales. En estos casos y según el artículo 287.1. de la [ley de enjuiciamiento civil](#) (rubricado *Ilícitud de la prueba* (22)), esa obtención u origen vulnerador de derechos fundamentales se podrá alegar de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes sin perjuicio de que pueda ser planteada de oficio o por su propia iniciativa por el tribunal resolviéndose en el acto del juicio en el proceso civil declarativo ordinario y si se trata de proceso civil declarativo verbal, al comienzo de la vista y antes de que dé comienzo la práctica de la prueba (artículo 287.2. de la [ley de enjuiciamiento civil](#) (23)).

La indicación a la ilicitud de la prueba en la [ley de enjuiciamiento civil](#) no entra en antagonismo o colisión con lo dispuesto en el artículo 11.1. de la [ley orgánica del Poder Judicial](#) ya que lo que se somete al filtro del principio de legalidad procesal es la apoyatura fáctica del medio de prueba entendida como un fenómeno empírico y extraprocesal vulnerador de derechos fundamentales o reconocidos constitucionalmente en el contexto normativo de un proceso de efectiva tutela judicial.

Tras un tiempo en el que se adoptó no sin ciertas fisuras (24) el principio de exclusión de la prueba obtenida ilícitamente, el Tribunal Constitucional dice en 2019 que las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando derechos o libertades fundamentales/constitucionales es un «problema de mera legalidad ordinaria» (25) totalmente ajeno al control del Tribunal Constitucional.

Según el Tribunal Constitucional, al ser la aplicación de las reglas de exclusión probatoria una cuestión de mera legalidad ordinaria, su «invocación» (26) «no se encuentra reconocida(o) por la jurisprudencia y [...] es sólo una mera aspiración que han patrocinado *de lege ferenda*, para incorporarla al derecho positivo civil, algunos procesalistas españoles, por no existir actualmente norma alguna que impida a los órganos judiciales penales valorar los documentos, cualquiera que sea su origen»» (27) .

El nuevo planteamiento del Tribunal Constitucional consiste en aceptar que el medio de prueba obtenido directa o indirectamente violentando derechos o libertades fundamentales tiene eficacia jurídica porque «no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico (...) [c]onviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental» (28) .

Este nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional en 2019 va a suponer de inmediato que «la decisión sobre la prueba ilícita enfrenta al órgano judicial que debe decidir sobre la admisibilidad de los elementos de convicción obtenidos con vulneración previa de un derecho fundamental sustantivo a "una encrucijada de intereses" que ha de resolverse (...) mediante un juicio ponderativo» (29) abriéndose paso el denominado «juicio ponderativo» del tribunal que le permite admitir la prueba ilícitamente obtenida.

El medio de prueba que violenta derechos constitucionales no es *a priori* una prueba ilícita que afecte al ámbito del ejercicio de derechos constitucionales sino una cuestión de mera legalidad ordinaria a la que ha de dar respuesta ponderadamente en cada caso el tribunal

Por tanto, el medio de prueba que violenta derechos constitucionales no es *a priori* una prueba ilícita que afecte al ámbito del ejercicio de derechos constitucionales sino una cuestión de mera legalidad ordinaria a la que ha de dar respuesta ponderadamente en cada caso el tribunal. Pero, no el Tribunal Constitucional. A lo que se une que el denominado «juicio ponderativo» del tribunal (30) que le permite admitir la prueba ilícitamente obtenida se justifica en que es una prueba que acredita una ruptura del equilibrio procesal entre las partes; o sea una desigualdad entre las partes (artículo 14 de la Constitución). Desigualdad que ha obtenido en su provecho quien ha recabado pruebas con vulneración de los derechos fundamentales de otro.

Se trata de un diseño de la prueba ilícita instrumental que obliga a identificar las vulneraciones de derechos fundamentales consumadas que han quebrado la integridad del proceso (31) . O lo que es lo mismo, pruebas ilícitamente obtenidas encaminadas a obtener ventajas procesales en detrimento de la integridad y equilibrio exigibles en un proceso de efectiva tutela judicial al permitir una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes.

En consecuencia y para que exista ilicitud probatoria se ha de determinar, en primer lugar, si esa ilicitud originaria ha consistido en la vulneración de un derecho fundamental sustantivo o de libertad, y dilucidar, en el caso de que el derecho fundamental haya resultado en efecto comprometido, si entre dicha vulneración originaria y la integridad de las garantías del proceso de efectiva tutela judicial que la Constitución garantiza (artículo 24.2 de la Constitución), existe un nexo o ligamen que evidencie una necesidad específica de tutela, sustanciada en la exclusión radical del acervo probatorio de los materiales ilícitamente obtenidos (32) . Por tanto, «la violación originaria del derecho fundamental (constitucional) sustantivo no determina por sí sola la automática violación del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Constitución), generando la necesidad imperativa de inadmitir la correspondiente prueba. La apelación al artículo 24.2 de la Constitución sería superflua si toda violación de un derecho fundamental sustantivo llevara consigo *per se* la consiguiente imposibilidad de utilizar los materiales derivados de ella. Si así fuera, la utilización de tales materiales dentro del proceso (en concreto en el proceso penal) sería, de por sí, una violación del derecho sustantivo mismo sin que el recurso al artículo 24.2 de la Constitución para justificar la exclusión tuviera ninguna relevancia o alcance. La doctrina no impone semejante automatismo, sino que lleva, antes bien, a la realización de un juicio ponderativo de los intereses en presencia» (33) .

Con ocasión de la prueba obtenida ilícitamente se aplican las garantías del proceso de efectiva tutela judicial que la Constitución garantiza (artículo 24.2 de la Constitución) pero según el juicio ponderativo del tribunal acerca de los intereses en presencia sin que, mediante esa aplicación de las garantías del proceso de efectiva tutela que la Constitución garantiza (artículo 24.2 de la Constitución) se cuestione «la prohibición constitucional de admisión de prueba ilícita» (34) conceptuada como una mera «prohibición instrumental» (35) que dependerá del «juicio ponderativo de los intereses en presencia» (36) realizado por el tribunal.

En definitiva, el Tribunal Constitucional ubica la ilicitud de la prueba en los siguientes postulados (37) :

- **1º** Se cuestiona a quien desde el ámbito procesal ha pretendido elaborar una teoría o una propuesta sobre la regla de la exclusión probatoria —que sería *de lege ferenda*: una «ensoñación» (38) .
- **2º** Se aplican las garantías procesales del proceso de efectiva tutela según sea el «juicio ponderativo» (39) del tribunal acerca de la prueba obtenida ilícitamente.
- **3º** Las garantías de un proceso de efectiva tutela judicial son para el tribunal instrumentales.
- **4º** La ilicitud de la prueba va a ser examinada *in casu* según qué garantías procesales de un proceso de efectiva tutela judicial han de ser aplicadas por el tribunal.
- **5º** Se atribuye un poder omnímodo al tribunal para ponderar si la ilicitud de la prueba ha de proyectarse como un «elemento integrador» (40) de ciertas garantías procesales de un proceso de efectiva tutela judicial.
- **6º** La ilicitud de la prueba se contempla constitucionalmente desde la perspectiva de una ruptura del equilibrio procesal entre las partes.
- **7º** La verdad y la justicia de una decisión justa (la sentencia) va a depender del «juicio ponderativo» (41) del tribunal mediante un uso instrumental de las garantías procesales que deban ser aplicadas *in casu*.

La interrogante que entonces puede plantearse es la relativa a qué tipo de alquimia se ha de utilizar para que una prueba que subsiste y permanece como ilícita pueda integrarse en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Esa alquimia es la del «juicio ponderativo» del tribunal (42) . Pero ese juicio ponderativo no es nuevo en la reciente historia de la admisión por nuestros tribunales de la prueba ilícitamente obtenida (43) .

(1)

Más en detalle, léase a Lorca Navarrete, A, M.^a, *Conceptos básicos del proceso civil II La constitucionalización del derecho a la prueba. La fuente de la prueba. La iniciativa probatoria. La práctica de la prueba*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2023.

(2)

La *ley de enjuiciamiento civil* que actúa a modo de código general del proceso (artículo 4 de la *ley de enjuiciamiento civil* rubricado *Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) alude en su exposición de motivos a que la prueba se incardina «en el marco de un proceso en el que (...) no se impone y se responsabiliza al tribunal de la investigación y comprobación de la veracidad de los hechos relevantes en que se fundamentan las pretensiones de tutela formuladas por las partes, sino que es sobre éstas sobre las que recae la carga de alegar y probar» (apartado XI de la exposición de motivos de la *ley de enjuiciamiento civil*).

(3)

Consúltase a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo núm. 6320/2005*.

(4)

Consúltase a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo núm. 6320/2005*.

(5)

No obstante, existen aún ordenamientos jurídicos anclados en la verdad que sería posible obtener mediante el medio de prueba. Es el caso de las Reglas federales de evidencia (versión 2023). En concreto de la Rule 102 con rúbrica *Purpose* en la que se indica: *These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination*. Disponible en: <https://www.rulesofevidence.org/article-i-rule-102/>.

(6)

Consúltase a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo núm. 6320/2005*.

(7)

Esas reglas de la lógica y la razón surgen del artículo 218.2. de la [ley de enjuiciamiento civil](#) que rubricado *Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación*, indica que «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

(8)

Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo* núm. 6320/2005.

(9)

Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo* núm. 6320/2005.

(10)

Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo* núm. 6320/2005.

(11)

Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo* núm. 6320/2005.

(12)

Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo* núm. 6320/2005.

(13)

Consúltese a García-Calvo y Montiel, R., *Recurso de Amparo* núm. 6320/2005.

(14)

Con carácter general, los derechos constitucionales afectados por una prueba ilícitamente obtenida son: el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen ([artículo 18.1. de la Constitución](#)); el derecho a la inviolabilidad del domicilio ([artículo 18.2. de la Constitución](#)); el derecho al secreto de las comunicaciones ([artículo 18.3. de la Constitución](#)) y el derecho a la protección de datos personales ([artículo 18.4. de la Constitución](#)).

(15)

Sobre el *debido proceso*, consúltese a Lorca Navarrete, A. M.^a, *El debido proceso*, Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2022.

(16)

Un ejemplo de que no siempre ocurre de ese modo lo tenemos en el artículo 76.4. de la Constitución del Ecuador en el que se indica que «en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al *debido proceso* que incluirá las siguientes garantías básicas:

«4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

(17)

Ponente Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre* (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984). ECLI:ES:TC: 1984:114.

(18)

Bentham decía que la exclusión de toda prueba sería la exclusión de toda justicia. Y añadía que hay sin embargo casos en que la exclusión será conveniente aun cuando la exclusión sea siempre un mal. Con esa finalidad estableció unas reglas en las que sería posible la exclusión probatoria:

- 1. No debe producirse un mal más grande por evitar otro menor.
- 2. No debe excluirse un bien mayor por procurar otro menor
- 3. No debe justificarse un mal por procurar otro menor
- 4. No debe excluirse un bien preponderante por evitar un mal

Bentham, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, traducido por José Gómez de Castro. Tomo II. Madrid 1835, pág. 67, 69, 70.

(19)

Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre* (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984). ECLI:ES:TC: 1984:114.

(20)

Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre* (BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984). ECLI:ES:TC: 1984:114.

(21)

Con carácter general, los derechos constitucionales afectados por una prueba ilícitamente obtenida son: el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen ([artículo 18.1. de la Constitución](#)); el derecho a la inviolabilidad del domicilio ([artículo 18.2. de la Constitución](#)); el derecho al secreto de las comunicaciones ([artículo 18.3. de la Constitución](#)) y el derecho a la protección de datos personales ([artículo 18.4. de la Constitución](#)).

(22)

La [ley de enjuiciamiento civil](#) regula también la prueba prohibida. La prueba prohibida es la prueba no permitida por la ley porque el objeto de la prueba recae sobre una actividad prohibida por la ley ([artículo 283.3. de la ley de enjuiciamiento civil](#)). Luego, la prueba prohibida implica que el hecho necesitado de prueba que constituye su objeto, se encuentra prohibido por la ley y que al estar prohibido no puede originar efectos al interior del proceso ([artículo 283.3. de la ley de enjuiciamiento civil](#)).

La prueba prohibida es distinta de la prueba ilícita. La prueba ilícita supone que el hecho necesitado de prueba vulnera derechos constitucionales. Para el legislador, en cambio, cuando el hecho necesitado de prueba no vulnera derechos fundamentales, pero sí actividades prohibidas por la ley, que no suponen una vulneración de la norma constitucional, existe prueba prohibida como puede suceder cuando el abogado aporte a un tribunal, o facilite a su cliente, las cartas, documentos y notas que, como comunicación entre profesionales de la abogacía, mantenga con el profesional de la abogacía de la otra parte, salvo que se lo autorice expresamente aunque a esa prohibición no están sujetas las cartas, documentos y notas en que intervenga con mandato representativo de su cliente y así se haga constar expresamente ([artículo 23 del Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo](#), por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía).

Por su parte, el artículo 5.3. del Código Deontológico de la Abogacía Española rubricado *Secreto profesional*, dispone:

«3. Cualquier tipo de comunicación entre profesionales de la abogacía, recibida o remitida, está amparada por el secreto profesional, no pudiendo ser facilitada al cliente ni aportada a los Tribunales ni utilizada en cualquier otro ámbito, salvo autorización expresa del remitente y del destinatario, o, en su defecto, de la Junta de Gobierno, que podrá autorizarlo discrecionalmente, por causa grave y previa resolución motivada con audiencia de los interesados. En caso de sustitución, esta prohibición le estará impuesta al sustituto respecto de la correspondencia que el sustituido haya mantenido con otros profesionales de la abogacía, requiriéndose la autorización de todos los que hayan intervenido.

«Se exceptúan de esta prohibición las comunicaciones en las que el remitente deje expresa constancia de que no están sujetas al secreto profesional. Disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/05/Codigo-Deontologico-2019.pdf>.

(23)

Continúa indicando el artículo 287.1. de la [ley de enjuiciamiento civil](#):

«Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

«2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

(24)

Léase sobre el particular el interesante trabajo de Andino López, J. A., *Estudio comparativo sobre la prueba ilícita en Estados Unidos y en Derecho continental*. ESPECIAL LA LEY Probática n.º 1 de 22 de

septiembre de 2020. También, Lorca Navarrete. A. M.^a. *El debido proceso*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2022, pág. 66 y ss.

(25)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(26)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(27)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(28)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(29)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(30)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(31)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(32)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(33)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(34)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(35)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(36)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(37)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(38)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(39)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(40)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(41)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(42)

Montoya Melgar, A., *Sentencia del Tribunal Constitucional 97/2019, de 16 de julio* (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2019). ECLI:ES: TC: 2019:97.

(43)

Léase sobre el particular el interesante trabajo de Andino López, J. A., *Estudio comparativo sobre la prueba ilícita en Estados Unidos y en Derecho continental*. ESPECIAL LA LEY Probática n.º 1 de 22 de septiembre de 2020. También, Lorca Navarrete. A. M.^a. *El debido proceso*. Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián 2022, pág. 66 y ss.